

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Matigingsbevoegdheid bij ontneming)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Matigingsbevoegdheid bij ontneming)*, No. 363, Apr 08, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. Het vijfde lid van artikel 36e Sr bepaalt dat de rechter het bedrag vaststelt waarop het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt geschat. De vierde volzin van datzelfde voorschrift vervolgt met: 'De rechter kan het te betalen bedrag lager vaststellen dan het geschatte voordeel.' Hierin komt tot uitdrukking dat het bedrag van de betalingsverplichting niet zonder meer overeenkomt met het bedrag van het geschatte voordeel. Die bedragen zijn in beginsel gelijk, maar het bedrag van de betalingsverplichting kan ook lager worden vastgesteld. De zojuist geciteerde vierde volzin legt de rechter daarbij geen beperkingen op, maar laat hem vrij in zijn oordeel of het gepast is van de matigingsbevoegdheid gebruik te maken.

2. In het cassatiemiddel van het openbaar ministerie wordt evenwel aangevoerd dat de matigingsbevoegdheid van artikel 36e lid 5 Sr zich zou beperken tot gevallen waarin de betrokkene een (zeer) beperkte draagkracht heeft. Waar het openbaar ministerie die opvatting op baseert, wordt niet echt duidelijk. In de schriftuur wordt verwezen naar enkele arresten die betrekking hebben op de toepassing van de matigingsbevoegdheid in gevallen waarin een draagkrachtverweer wordt gevoerd. In deze arresten wordt echter niet overwogen dat buiten die gevallen matiging niet aan de orde zou kunnen zijn. De steller van het middel beroept zich voorts op de vijfde en de zesde volzin van artikel 36e lid 5 Sr, die eveneens zien op de situatie van een tekortschietende draagkracht. Maar de tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis duiden erop dat die vijfde en zesde volzin zouden moeten worden opgevat als een regeling die de matigingsbevoegdheid van de vierde volzin inkadert. Dit wordt toegelicht in de conclusie van A-G Hofstee, waarin eveneens duidelijk uiteen wordt gezet waarom ook anderszins geen aanknopingspunten in de wet, de wetsgeschiedenis of de rechtspraak zijn te vinden voor de door het openbaar ministerie beleden opvatting. De Hoge Raad verwierpt de klacht dan ook zonder veel omhaal van woorden.

3. Met het oordeel van de Hoge Raad dat de opvatting van het openbaar ministerie in de wet noch de wetsgeschiedenis steun vindt, kan ik zonder meer instemmen. De vraag is wel of dat oordeel nog nader handen en voeten kan worden gegeven. In *Crimineel vermogen en strafrecht* (Deventer: Gouda Quint 1999, p. 47) noteert Keulen: 'OM en rechter dienen (...) op basis van de schatting van het wederrechtelijk verkregen voordeel een betalingsverplichting te vorderen respectievelijk vast te stellen die recht doet aan de ratio van de maatregel.' De ontnemingsmaatregel beoogt rechtsherstel te bewerkstelligen, door aan de betrokkene in financiële zin het voordeel te ontnemen dat hij wederrechtelijk heeft verkregen. Zo bezien komt de opvatting van het openbaar ministerie er eigenlijk op neer dat dit rechtsherstel *zonder meer* moet worden bereikt, althans dat alleen een concessie aan het rechtsherstel mag worden gedaan in het door de wetgever expliciet geregelde geval van ontoereikende draagkracht. Het komt mij voor dat, wanneer langs een dergelijke lijn een beroep op het rechtsherstellende karakter van de ontnemingsmaatregel wordt gedaan, er een denkfout wordt gemaakt. Dat met de ontnemingsmaatregel als sanctie rechtsherstel wordt nagestreefd, betekent niet *eo ipso* dat het onverkort opleggen van een ont-

nemingsmaatregel in het concrete geval ook steeds een rechtvaardige en zinvolle strafrechtelijke reactie oplevert. Zoals altijd, komt het in het recht aan op het afwegen van onderling tegenstrijdige belangen en het bereiken van het juiste evenwicht tussen die belangen. Natuurlijk kan men over de vraag wanneer het juiste evenwicht wordt bereikt, van mening verschillen. Maar dat is iets anders dan het negeren of juist verabsoluteren van bepaalde belangen. Met het rechtsherstel dat met de ontnemingsmaatregel wordt nagestreefd, is het niet anders. Er zijn sterke argumenten waarom dat rechtsherstel moet worden bewerkstelligd en waarom dus een ontnemingsmaatregel wordt opgelegd ter hoogte van het daadwerkelijk verkregen voordeel. Maar dat neemt niet weg dat zich soms goede redenen voordoen op grond waarvan dat rechtsherstel geheel of gedeeltelijk moet wijken. Het recht – in de brede zin van de rechtsbeginselen, de wet, de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en de dogmatiek – biedt geen steun voor de opvatting dat in relatie tot de ontnemingsmaatregel het zou gaan om een niets en niemand ontziend streven naar rechtsherstel. Integendeel, de bevoegdheid van de rechter om de betalingsverplichting te matigen moet juist worden gezien als middel om het beoogde rechtsherstel af te stemmen op de (andere) in het geding zijnde belangen (vgl. ook *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: BJu 2001, p. 103-106, 431-433).

4. Gewezen kan hier ook worden op recente rechtspraak van het Amsterdamse gerechtshof, waarin mede met een expliciet beroep op het karakter van de ontnemingsmaatregel het standpunt wordt ingenomen dat matiging van de betalingsverplichting wegens schending van de redelijke termijn achterwege moet blijven (zie Hof Amsterdam 9 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3006 en Hof Amsterdam 4 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2109; deze rechtspraak is besproken door Nuis, die als voorzitter deze arresten mee heeft gewezen, in *NJB* 2014, p. 263-267 en p. 1380-1381). Nu is het natuurlijk best denkbaar dat een schending van de redelijke termijn anders dan door een korting in de strafmaat of door een matiging van de betalingsverplichting wordt gecompenseerd (vgl. bijvoorbeeld de conclusie van A-G Vellinga voor HR 19 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP5361 en, specifiek in relatie tot de ontnemingsmaatregel, De Hullu in zijn noot onder HR 11 april 2000, *NJ* 2000/590). De discussie daaromtrent laat ik hier rusten. Maar de overweging van het Amsterdamse gerechtshof dat ‘een financiële tegemoetkoming in de vorm van matiging van de op te leggen betalingsverplichting (...) niet te rijmen valt met het rechtskarakter van de ontnemingsmaatregel, te weten: (normatief) reparatoir, gericht op herstel van de oorspronkelijke financiële situatie’ (ECLI:NL:GHAMS:2014:2791), stuit mijns inziens op het hiervoor onder 3 genoemde bezwaar. Het rechtsherstellende karakter van de ontnemingsmaatregel staat er op zichzelf niet aan in de weg dat bij de vaststelling van de betalingsverplichting rekening wordt gehouden met de schending van de belangen die met naleving van de redelijke termijn zijn gemoeid. Vgl. ook HR 11 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:296, *NJ* 2014/135, waarin de Hoge Raad – onder verwijzing naar de conclusie van A-G Bleichrodt – een arrest van 22 juni 2012 van het Amsterdamse gerechtshof casseert, waarin dat hof ook reeds met een beroep op het karakter van de ontnemingsmaatregel vermindering van de betalingsverplichting wegens schending van de redelijke termijn heeft afgewezen. (Nuis, *NJB* 2014, p. 1380-1381 wijst er terecht op dat de Hoge Raad in HR 21 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:928 een vergelijkbare beslissing wel in stand heeft gelaten, maar dat betreft een artikel 81 Wet RO-afdoening.)

5. Terug naar de hierboven afgedrukte zaak. Het Haagse gerechtshof is, na het voordeel op een bedrag van € 25.000 te hebben geschat, tot de beslissing gekomen om geen ontnemingsmaatregel op te leggen.

Het gerechtshof volstaat met het verwijzen naar de door de verdediging aangedragen redenen (te weten: de drastische financiële gevolgen voor de verdachte van het door hem begane delict; schending van de redelijke termijn; het zeer lange tijdsverloop sinds het plegen van het strafbare feit). De vraag rijst wellicht of zo'n verwijzing niet wat summier is als motivering voor de toch niet alledaagse beslissing om de betalingsverplichting te matigen tot nihil en dus geen ontnemingsmaatregel op te leggen. In de cassatieschriftuur wordt door het openbaar ministerie omstandig uiteengezet wat er allemaal af te dingen zou zijn op het oordeel van het gerechtshof. De Hoge Raad neemt evenwel genoegen met de zeer bondige inkleding van de beslissing van het gerechtshof: de motivering van de beslissing van gerechtshof voldoet aan de wettelijke eisen, terwijl dat oordeel in het licht van de door de raadsman aangedragen gronden niet onbegrijpelijk is. Moet hieruit worden afgeleid dat de feitenrechter niet alleen een grote mate van vrijheid toekomt bij de beslissing of, en zo ja: in hoeverre, hij tot matiging van de betalingsverplichting overgaat, maar ook dat hij zijn beslissing daaromtrent slechts in beperkte mate behoeft te verantwoorden? Ik sluit niet uit dat de Hoge Raad in deze zaak genoeg heeft genomen met het enkel verwijzen naar de door de raadsman aangevoerde gronden, mede omdat tijdens de terechtzitting in hoger beroep een uitvoerige reactie van de zijde van het openbaar ministerie op het pleidooi van de raadsman ter zake van de matiging achterwege lijkt te zijn gebleven. Ik beschik niet over het proces-verbaal van die terechtzitting, maar de in onderdeel 6 van de conclusie van A-G Hofstee geciteerde passage duidt er wel op dat de repliek beperkt – want alleen op het vermeende smalle bereik van de matigingsbevoegdheid toegesneden – van aard is geweest, terwijl ook in de cassatieschriftuur niet wordt verwezen naar – en dus ook niet wordt voortgeborduurd op – tijdens die terechtzitting aangevoerde argumenten van de zijde van het openbaar ministerie. Zo bezien, lijkt het openbaar ministerie te laat in de procedure op stoom te zijn gekomen. Daarmee is niet gezegd dat wanneer er wel een meer uitvoerige repliek naar voren zou zijn gebracht, de beslissing van het gerechtshof anders was uitgevallen of had moeten uitvallen. Ook na kennisneming van de argumenten in de cassatieschriftuur acht ik de beslissing om geen ontnemingsmaatregel op te leggen alleszins begrijpelijk. Maar bij een (meer) uitvoerige repliek had van het gerechtshof mogen worden verwacht dat het zich (nader) over de aangevoerde argumenten zou hebben uitgelaten.